

VU Research Portal

De zorg voor de zieke werknemer en de rol van de bedrijfsarts

Roozendaal, W.L.; Opdam, M.

published in

Zorgplichten in publiek- en privaatrecht
2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Roozendaal, W. L., & Opdam, M. (2011). De zorg voor de zieke werknemer en de rol van de bedrijfsarts. In C. E. C. Jansen, S. A. J. Munneke, F. J. van Ommeren, & J. W. Rutgers (Eds.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht* (pp. 103-120). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

DE ZORG VOOR DE ZIEKE WERKNEMER EN DE ROL VAN DE BEDRIJFSARTS

W.L. Roozendaal & M. Opdam

1 INLEIDING

De werkgever is verplicht de werknemer die door ziekte niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten te 're-integreren', dat wil zeggen te streven naar hervatting van de arbeid, zo nodig in andere, aangepaste arbeid. Deze verplichting, die in het kader van het recht op loon op grond van artikel 7:628 BW door de Hoge Raad vanaf eind jaren zeventig werd aangenomen,¹ is in 2002 in artikel 7:658a BW opgenomen met de inwerkingtreding van de Wet verbetering poortwachter (Wvp).² De re-integratieverplichting van de werkgever jegens de werknemer kan, ten eerste, als zorgplicht in de door Van Ommeren in deze bundel beschreven privaatrechtelijke zin worden aangemerkt, omdat er een zekere solidariteit met de zieke werknemer uit spreekt, een solidariteit met een economisch gezien afhankelijke partij derhalve.

Opmerkelijk is echter dat de re-integratieverplichting wederzijds is. Ook de werknemer heeft re-integratieverplichtingen op grond van artikel 7:629 lid 3 en 660a BW. Zo is hij verplicht mee te werken aan het streven naar hervatting in de bedongen arbeid of in andere, passende arbeid. Deze verplichting is niet gelegen in de 'zorg' van de werknemer voor de werkgever, in de zin zoals die in de privaatrechtelijke discussie wordt gebruikt. De wetgever stond met de introductie ervan een bepaald publiek doel voor ogen, namelijk het terugdringen van de instroom in de Wet WIA (de opvolger van de WAO). Dit gegeven, dat nader zal worden toegelicht in paragraaf 2, geldt overigens tevens voor de wettelijke re-integratieverplichtingen van de werkgever. De wederzijdse re-integratieplichten kunnen derhalve, ten tweede, worden begrepen als een voorbeeld van een zorgplicht in de betekenis die deze term in het publiekrecht heeft.

Een kenmerk van zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke zorgplichten is een zekere vaagheid. Dat geldt ook voor de re-integratieverplichtingen. Artikel 7:658a BW bevat bijvoorbeeld de nodige normen die nadere interpretatie behoeven. Gesproken wordt van 'passende' arbeid en er wordt van de werkgever verwacht om zodanige maatregelen

1 HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (*Roovers/de Toekomst*) (aanbod deel van arbeid is bedongen arbeid, recht op loon ex 7:628); HR 8 november 1985, NJ 1886/309 (*Van Haaren/Cehave*) (bij aanbod passende arbeid ook recht op passend loon).

2 Stb. 2001, 628.

te nemen 'als redelijkerwijs nodig is' (lid 2). Ook de artikelen 7:629 lid 3 en 7:660a BW kennen vage bepalingen, zoals de verplichting 'gevolg te geven aan ... redelijke voorschriften' (art. 7:660a sub a BW); of het verval van het recht op loon bij ziekte ingeval 'zonder deugdelijke grond' passende arbeid niet wordt verricht (art. 7:629 lid 3 sub c BW). Zoals Van Ommeren stelde in zijn bijdrage aan deze bundel, brengt het vage karakter van zorgplichten met zich dat de norm aanzienlijke keuzeruimte aan de betrokkenen laat. Omdat de zorgplicht niet vrijblijvend is maar gesanctioneerd wordt in het recht, genereert dat een behoefte aan nadere, scherpere regels.

In deze bijdrage zal de vraag worden beantwoord welke problemen zich voordoen bij de interpretatie van open normen bij re-integratie. In paragraaf 3 wordt geïnventariseerd met behulp van welke bronnen partijen kunnen trachten invulling te geven aan hun verplichtingen. Een belangrijk kenmerk van de zorgplichtenproblematiek is dat de wetgever in traditionele zin niet (meer) de enige primaire of dominante normsteller is. De invulling van re-integratieverplichtingen is een interessante illustratie van alternatieven voor traditionele wetgeving. Voor de invulling kan namelijk worden teruggevallen op zowel civielrechtelijke als publiekrechtelijke normen en daarnaast op door artsen opgestelde protocollen en in de toekomst zelfs op zogeheten 'mediprudentie'.

Het feit dat vanuit diverse maatschappelijke geledingen wordt gewerkt aan de invulling van re-integratieverplichtingen wil echter niet zeggen dat in concrete gevallen inmiddels gemakkelijk is uit te maken wat van partijen gevegd wordt. In de praktijk blijkt de interpretatie van de normen een taak voor professionals, in het bijzonder bedrijfsartsen. Hun rol wordt toegelicht in paragraaf 4. Bedrijfsartsen blijken soms moeite te hebben met hun rol wanneer die tot het maken van normatieve afwegingen noopt (par. 5). Geschetst worden enige dilemma's die zich daarbij in de praktijk hebben voorgedaan (par. 6).

De vaagheid van zorgplichten maakt het soms lastig om vast te stellen wat inhoudelijk gezien de rechtens juiste of rechtvaardige beslissing is. Dat maakt het extra belangrijk om in ieder geval procedurele waarborgen te bieden bij de besluitvorming. Betoogd wordt dat het wenselijk is om na te denken over de vraag of, en zo ja hoe, procedurele rechtvaardighedsnormen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, vaker moeten worden toegepast bij de uitvoering van de zorgplichten in dit geval, met name waar het gaat om de besluitvorming van de bedrijfsarts (par. 7).

2 VAN PUBLIEKE NAAR PRIVATE OPVANG VAN ZIEKE WERKNEMERS

De introductie van de re-integratieplichten van werkgevers en werknemers in het Burgerlijk Wetboek is een van de gevolgen van de maatschappelijke en politieke commotie rond de toename van het aantal WAO'ers eind jaren tachtig. 'Nederland is ziek', verklaarde de toenmalige minister-president Lubbers en hij verbond zijn politieke lot aan het bestrijden

van die ziekte. Toen de parlementaire enquête van de commissie-Buurmeijer uitwees dat de publieke uitvoering van de WAO tekortschoot, omdat geen van de betrokken partijen geprikkeld werd om het beroep op de WAO te beperken, werd besloten tot het introduceren van meer privaatrechtelijke prikkels.³ Die werden onder andere ingevoerd in de 'wachttijd' voor de WAO, dat wil zeggen (destijds) het eerste ziektejaar.

In het oorspronkelijke systeem werd de inkomensvoorziening van de werknemer in het eerste jaar publiek geregeld in de Ziektewet. Aan de inkomensvoorziening bij ziekte werd begin jaren negentig een nieuwe doelstelling toegevoegd, namelijk re-integratie in (andere) arbeid. Door re-integratie kan instroom in de arbeidsongeschiktheidsregelingen worden voorkomen. Daarnaast is het in het belang van de werknemer zelf dat hij weer aan het werk komt.⁴ Men zag in dat het daarvoor van belang was, dat de werknemer de band met het werk niet verloor en dat zo snel mogelijk na de ziekmelding werd beoordeeld hoe hij weer productief kon worden. Hoe korter de werknemer 'thuis zat', hoe kleiner de kans op instroom in de WAO, zo was de gedachte.⁵ In 1996 werd de werkgever verplicht het loon van de werknemer tijdens het eerste ziektejaar door te betalen.⁶ Het privatiseren van de Ziektewet was volgens het kabinet de meest geschikte methode om 'een betere allocatie van sociale kosten' tot stand te brengen.

'Op het gebied van ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregelingen [moeten] de regelingen zodanig [...] worden vormgegeven dat alle betrokkenen systematisch geprikkeld worden zich actief in te zetten voor preventie en re-integratie.'⁷

Door de privatisering van de Ziektewet hoopte de wetgever de werkgever te bewegen om ziekteverzuim zo veel mogelijk te voorkomen en, als een werknemer toch ziek werd, zo snel mogelijk actie te ondernemen.⁸ De daarmee verhoogde kans op duurzame arbeidsparticipatie was daarnaast naar inschatting van de wetgever ook in het belang van de zieke werknemer zelf.⁹

Aan de werkgever zijn in 1996 bevoegdheden toegekend om het ziekteverzuim te beperken.¹⁰ Zo mag hij de loondoorbetaling aan de zieke werknemer stopzetten wanneer

3 Zie over deze achtergrond o.a. W.L. Roozendaal, 'De zorgende werkgever', AI 2005-3, p. 23-36.

4 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 1, Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3 en Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr. 3, p. 4.

5 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3 en Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 22.

6 Middels de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte (de WULBZ), Stb. 1996, 134. Het ging om een uitbreiding, omdat de werkgever al sinds 1907 verplicht was loon door te betalen op grond van art. 1638c BW (thans art. 7:629 BW), namelijk gedurende 'enige tijd'. Deze verplichting was in 1994 geconcretiseerd tot zes weken en werd in 1996 uitgebreid tot één jaar en in 2004 naar twee jaar.

7 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3.

8 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3.

9 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3.

10 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 20.

de werknemer zonder deugdelijke grond passende arbeid, waartoe de werknemer hem in de gelegenheid stelt, niet verricht of wanneer de werknemer zijn genezing belemmert of vertraagt.¹¹ Voor de werkgever werd aanvankelijk nog geen zorgplicht of sanctie in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. De wetgever dacht dat de werkgever er voldoende belang bij had om werk voor de werknemer te zoeken, nu hij de werknemer tijdens ziekte moet doorbetalen.¹²

Toen werkgevers de loondoorbetaling aan de zieke werknemer echter massaal bleken onder te brengen bij private verzekeraars en er verder weinig veranderde, zag de wetgever zich genoodzaakt opnieuw in te grijpen. In 2002 werden met de inwerkingtreding van de Wet verbetering poortwachter onder andere de in de inleiding aangehaalde artikelen 7:658a en 660a BW opgenomen. De Wet verbetering poortwachter had tot doel om de re-integratieprestaties van werkgevers en werknemers (verder) te verbeteren.¹³ Artikel 7:658a BW verplicht de werkgever om zich in te spannen voor de re-integratie van de werknemer. Een noviteit in 2002 was daarbij de verplichting om zich in te spannen voor de inschakeling van de werknemer in een ander bedrijf als het bij de werkgever zelf niet lukte.¹⁴ In artikel 7:660a BW zijn de re-integratieverplichtingen van de werknemer opgenomen.¹⁵ Om de naleving van deze re-integratie-inspanningen te verzekeren, introduceerde de Wvp tevens een publiekrechtelijk controlemoment. Bij gelegenheid van de aanvraag van een uitkering op grond van (thans) de Wet WIA, beoordeelt het UWV of de civielrechtelijke re-integratieverplichtingen voldoende zijn nageleefd. Is dat niet het geval, dan kan de zogeheten 'loonsanctie' worden opgelegd. Dit houdt in dat het UWV de werkgever kan verplichten het loon van de zieke werknemer maximaal nog een jaar langer door te betalen, totdat partijen alsnog de mogelijke re-integratie-inspanningen hebben verricht (art. 25 lid 9 Wet WIA en art. 7:629 lid 11 BW).

3 DE INVULLING VAN RE-INTEGRATIEVERPLICHTINGEN

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden welke belangen partijen hebben, om precies te weten welke re-integratie-inspanningen van hen gevergd worden. Voor de nadere invulling van die verplichtingen zijn verschillende bronnen te vinden.

Uiteraard heeft de wetgever zich nader over deze kwestie uitgelaten. Zo geeft artikel 7:658a lid 4 BW een definitie van passende arbeid: alle arbeid die voor de krachten en

¹¹ Zie art. 7:626 lid 3 sub b en sub c BW.

¹² Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 46.

¹³ Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr. 3, p. 4.

¹⁴ W.L. Roozendaal, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de Wet Verbetering Poortwachter', *SMA* 2002 nr. 5, p. 308-317.

¹⁵ Zie ook: B. Barentsen & J.M. Fleuren-van Walsem, *Wet verbetering poortwachter*, Deventer: Kluwer 2002, p. 39-40.

bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd. Deze definitie is overgenomen uit de Werkloosheidswet. De definitie suggereert een ruime verplichting van de werknemer om de meeste voorstellen van de werkgever te aanvaarden, net als dat van de werkloze werknemer gevergd wordt om niet al te hoge eisen te stellen aan een nieuwe baan teneinde zijn werkloosheid te bekorten. Uit de parlementaire geschiedenis van lid 4 blijkt echter dat het belang c.q. de wens van de werknemer zwaar moet wegen bij het zoeken naar passende arbeid. Met de invoering van deze definitie is volgens de regering namelijk geen wijziging beoogd ten opzichte van de betekenis van passende arbeid in 1996.¹⁶ Toen werd onder passende arbeid verstaan arbeid die, gelet op arbeidsverleden, opleiding en gezondheid redelijkerwijs aan de werknemer kon worden opgedragen.¹⁷ Bij een latere wetwijziging is nog toegevoegd dat tevens moet worden gelet op andere relevante omstandigheden zoals loonhoogte, arbeidspatroon en afstand tot de werkplek.¹⁸ Het aanbod van de werkgever moet dus wel degelijk worden afgestemd op de belangen van de werknemer. Dit gegeven kan ook uit artikel 7:658a lid 1 BW worden opgemaakt. Uit artikel 7:658a lid 1 BW volgt dat partijen bij het zoeken naar geschikte arbeid eerst moeten kijken naar het verrichten van de eigen arbeid in het eigen bedrijf. Als dat niet kan, moet worden gezocht naar passende arbeid in het eigen bedrijf en pas daarna naar passende arbeid buiten het eigen bedrijf. Volgens de parlementaire geschiedenis kan overigens pas naar arbeid van een lager functieniveau gezocht worden als zowel binnen als buiten het bedrijf geen arbeid van het niveau van de bedongen arbeid te vinden is.¹⁹ Van deze volgorde kan volgens de wetgever bovendien worden afgeweken als de werknemer dit wenst, bijvoorbeeld als hij liever arbeid van een lager functieniveau aanvaardt bij zijn eigen werkgever in plaats van arbeid van hetzelfde functieniveau bij een andere werkgever.

Wat kan in dat licht in redelijkheid van de werkgever worden gevergd? Uit jurisprudentie van de Hoge Raad van vóór 2002 bleek al, dat van de werkgever naar omstandigheden kan worden gevergd de bestaande organisatie en arbeidsverdeling in zijn bedrijf aan te passen. Het antwoord op de vraag óf dat van de werkgever kan worden gevergd, is onder andere afhankelijk van de inhoud van het aanbod, de aard van de arbeid en de organisatie daarvan in het bedrijf. Bovendien kan een rol spelen of de werkgever een bijdrage kan krijgen in de kosten van eventuele aanpassingen.²⁰

Deze regels maken wel iets duidelijker welke gezichtspunten van belang zijn bij de belangenafweging tussen de werkgever en de werknemer. Ze laten partijen in een concreet

16 Kamerstukken I 2001/02, 27 678, nr. 37a, p. 19-20, zie ook p. 26.

17 Kamerstukken I 1995/96, 24 439, nr. 134b, p. 48.

18 Kamerstukken II 2003-2004, 29 231, 3, p. 20-21.

19 Handelingen II 2001/02, 90-5706.

20 HR 3 februari 1978, NJ 1978/248 (*Roovers/de Toekomst*); HR 8 november 1985, NJ 1986/309 (*Van Haaren/Cehave*); HR 4 januari 1991, NJ 1991/270 (*Perez/Homburg*); HR 13 december 1991, NJ 1992/441 (*Goldsteen/Roeland*).

geschil echter nog in het duister tasten over de vraag wanneer bijvoorbeeld een aanbod passend is, hoeveel geld de werkgever nu eigenlijk moet uittrekken voor de werknemer, hoeveel moeite de werkgever moet doen om de arbeidsorganisatie aan te passen en in hoeverre dat mag betekenen dat collega's zwaarder worden belast, enzovoort. In de jurisprudentie van na 2002 is daar niet echt verandering in gekomen. De rechtspraak hierover is zeer casuïstisch. Als men al een lijn kan trekken, is de lijn dat geschillen hierover vaak beslecht worden door procedurele kwesties en de beoordeling van wederzijdse inspanningen. Heeft de werkgever op tijd initiatief genomen? Moest de werknemer geen initiatief nemen? Stond men voldoende open voor overleg? Stelde de werknemer zich voldoende flexibel op? Werd (tijdig) een voorstel of een tegenvoorstel gedaan?²¹ Een van de belangrijkste inspanningsverplichtingen die getoetst wordt, kan grofweg samengevat worden als 'het openhouden van de communicatie'.

In de gebruikelijke civielrechtelijke bronnen zijn dus wel wat aanwijzingen te vinden voor de invulling van de vage normen van artikel 7:658a, 629 en 660a BW. Zij laten echter nog veel open. Naast het civiele recht zijn echter andere normen te vinden die de zaak iets duidelijker maken. Ten eerste valt te wijzen op de invulling van de re-integratieverplichtingen door het UWV. Het UWV doet dit in het kader van de aanvraag van de wet WIA, maar ook bij het vellen van een 'deskundigenoordeel'. Aan het UWV kan op grond van artikel 30 Wet structuur uitvoeringsorganisatie wet en inkomen (Wet SUWI) namelijk een oordeel worden gevraagd over de te vergen re-integratie-inspanningen van partijen, tegen relatief geringe kosten. Een vordering van werkgevers of werknemers gebaseerd op artikel 7:629 of 658a BW moet volgens artikel 7:629a en 658b BW worden vergezeld van een dergelijk deskundigenoordeel, ook wel aangeduid als 'second opinion'. De civiele rechter is inhoudelijk niet aan het oordeel gebonden, maar uiteraard kan het wel ter

21 Een duidelijke afrekening op het ontbreken van inspanningen is te vinden in HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/41 (*Stal/UWV*): werkgever is loonplichtig als hij in gebreke blijft tijdig aanbod passende arbeid te onderzoeken, ook als later blijkt dat passende arbeid niet voorhanden was. In casu kwam dit pas in hoger beroep vast te staan, na het – soms wat halfhartig – uitproberen van functies. Voorts Hof Den Bosch 11 mei 2004, *JAR* 2005/165 (terugbetalingsregeling in re-integratieovereenkomst toelaatbaar, geen tegenvoorstel gedaan, loon afgewezen); Ktr. Rotterdam 23 juli 2004, *JAR* 2004/216 (geen interne functies bij werkgever, werkneemster heeft geen voorstel gedaan, voldoende re-integratie-inspanningen werkgever, loon afgewezen); Hof Den Haag 13 mei 2005, LJN AT6334 (bereidverklaring tot elk ander passend werk inclusief omscholing, werkgever heeft geen poging gedaan dergelijk werk te vinden, loon toegewezen); Ktr. Sittard-Geleen 18 oktober 2007, *JAR* 2008/4 (werkgever moet initiatief nemen, zelfs als werknemer zichzelf niet ziek meldt, maar wel disfunctioneert, ontbindingsverzoek afgewezen); Ktr. Arnhem 24 oktober 2007, LJN BB8995 (werkneemster reageert niet op pogingen een re-integratietraject te starten, ondanks ondersteunend oordeel UWV ontbindingsverzoek toegewezen); Ktr. Rotterdam 17 december 2008, LJN BH0247 (werkneemster tevens aandeelhouder weigert 'halstarrig' alternatieve functies op lager niveau, ontbinding toegewezen, maar vergoeding wegens samenloop re-integratie en reorganisatie, C=1,5); Ktr. Leiden 7 januari 2009, *JAR* 2009/67 (werkneemster bleef vasthouden aan terugkeer oude functie, ontbinding in haar risicosfeer, geen vergoeding).

inspiratie dienen, evenals de beleidsregels die het UWV hanteert bij het vellen van het oordeel.

Wat het UWV van partijen vergt, wordt toegelicht in de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter (Bbp), een lijvig beleidsdocument.²² Wat is de kern van deze regels? Het UWV streeft zoals gezegd naar beperking van de instroom in de Wet WIA. Nu wil het UWV het ook niet te gek maken en vraagt 'niet meer dan het redelijke' van partijen. Maar wat is redelijk in de ogen van het UWV?

Voor de toegang tot de Wet WIA is vereist, dat de restverdiencapaciteit minder dan 65% van het oude salaris bedraagt (art. 5 Wet WIA). Is een hogere loonwaarde behaald, dan is het UWV volgens de Bbp dan ook tevreden. Is dat niet gehaald, dan let het UWV vooral op de inspanningen van partijen, net als in de aangehaalde civiele jurisprudentie van na 2002. Toegelicht wordt dat de werkgever actief aan de slag moet en zijn bereidheid moet tonen om zijn organisatie aan te passen, door technische of organisatorische veranderingen, aanpassing van dienstroosters of arbeidspatroon, arbeidslocatie, enzovoort. Ook de werknemer moet zich flexibel opstellen. Het UWV hoeft overigens bij het opleggen van een loonsanctie geen causaal verband aan te tonen tussen de niet-geleverde inspanningen en het niet-behalen van minstens 65% loonwaarde.²³

Inspanningen lijken in die zin belangrijker te zijn dan het daarmee te behalen resultaat. Die inspanningen worden, anders dan in het civiele recht, niet zozeer getoetst aan het 'openhouden van de communicatie'. Het belangrijkste is niet dat partijen met elkaar in gesprek blijven. Het belangrijkste is dat ze gezamenlijk streven naar het behalen van een zo hoog mogelijke loonwaarde. Zo mag 'arbeidstherapie', dat wil zeggen het hervatten in werk zonder loonwaarde, volgens de Bbp niet langer dan zes weken worden verricht. Voorts mogen partijen zich niet blijven richten op arbeid binnen het bedrijf van de werkgever als daar niet op korte termijn blijvend resultaat van te verwachten is. In ieder geval na een jaar moet de mogelijkheid van arbeid buiten het bedrijf van de werkgever serieus worden bezien, ook al is de werknemer medisch gezien nog niet stabiel en is terugkeer naar de eigen werkplek in die zin nog geen afgesloten boek.²⁴

Uiteraard zijn er wel grenzen aan wat van de werkgever gevergd kan worden. Daarover wordt gezegd dat er bijvoorbeeld meer gevergd kan worden als de oorzaak van de ziekte in het werk ligt, naarmate de organisatie groter is en als een bepaalde inspanning gebruikelijk is in de branche of sector van de werkgever. De uiteindelijke maatstaf van het UWV is echter weer moeilijk te concretiseren, gelet op de volgende passage: 'De grens van wat in redelijkheid van de werkgever mag worden verlangd is in ieder geval bereikt als de re-integratie-inspanningen het productieproces in gevaar zouden kunnen brengen of de

22 Beleidsregeling beoordelingskader poortwachter, *Stcrt.* 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd.

23 Vgl. bijvoorbeeld CRvB 18 november 2009, LJN BK3704.

24 CRvB 18 november 2009, LJN BK3704; BK3708; BK3713; BK3717; BK3726.

bedrijfsvoering in financieel opzicht onevenredig belasten.' Wat onevenredig is, kan in een concreet geval gemakkelijk tot onoverbrugbare tegenstellingen leiden. Concreter zijn de aanknopingspunten in de Bbp waarin wordt verwezen naar 'procedureregels', zoals het gebruiken van door het UWV ter beschikking gestelde formulieren of van aanbevolen contact- en evaluatiemomenten tussen partijen.²⁵ Echter, deze regels zijn volgens het Bbp secundair aan het resultaat.

Een laatste aanknopingspunt voor de invulling van re-integratieverplichtingen bieden de inzichten van bedrijfs- en verzekeringsgeneeskundigen. Bij de re-integratie van de zieke werknemer dient de werkgever zich te laten bijstaan door een gecertificeerd deskundige of bedrijfsarts (art. 14 lid 1 onder b Arbeidsomstandighedenwet). Bij de uitvoering van zijn taak maakt de bedrijfsarts gebruik van bedrijfsgeneeskundige richtlijnen. Een groot deel van deze richtlijnen is afkomstig van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB).²⁶ Daarnaast zijn voor de bedrijfsarts ook de verzekeringsgeneeskundige protocollen van belang. Verzekeringsgeneeskundigen zijn artsen die betrokken zijn bij de claimbeoordeling in het kader van de Wet WIA. Ook zij hebben, in navolging van de bedrijfsartsen, protocollen ontwikkeld die hen behulpzaam kunnen zijn bij de schatting van arbeidsongeschiktheid.²⁷ Vermeldenswaardig is bovendien het streven naar een bestand met 'mediprudentie', in collegiaal overleg tot stand gekomen standaardoordeel over claimbeoordeling.²⁸

Een belangrijk onderdeel van de protocollen zijn 'inschattingen van gebruikelijke hersteltermijnen bij voorkomende ziektes, gegeven een geëigende behandeling, en de spreiding die daarbij optreedt'. Bij afwijking hiervan is sprake van een 'versterkte bewijslast' bij de beoordeling van re-integratie-inspanningen.²⁹ Volgens de Bbp wordt van de bedrijfsarts verwacht dat hij in de eerste twee jaar van ziekte gebruik zal maken van de protocollen, 'voor zover deze aanknopingspunten bieden voor de beoordeling van mogelijkheden tot functioneren en van daaruit voor de mogelijkheden tot re-integratie, al dan niet bij de eigen werkgever'. De Bbp verplichten bovendien de werkgever en de werknemer mee te werken aan de begeleiding en behandeling conform de protocollen.³⁰

De adviezen van de bedrijfsarts zijn vooral voor de werkgever richtinggevend, in het bijzonder vanwege de geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts. Dit wordt toegelicht in de volgende paragraaf. In de praktijk blijkt zich een bijzonder probleem voor te doen bij

25 Bbp paragraaf 4; bedoeld wordt o.a. de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar, *Stcrt.* 2007, 140.

26 R.A. Heida, 'Adviezen van de bedrijfsarts, hoe komen ze tot stand en wat zijn ze waard?', *Arbeid Integraal* 2000, p. 55-61; zie ook de website www.nvab.artsennet.nl.

27 Art. 6 Wet WIA jo. Regeling verzekeringsgeneeskundige protocollen arbeidsongeschiktheidswetten, *Stcrt.* 2006, 33, zoals sindsdien gewijzigd.

28 Vgl. Gezondheidsraad, *Verzekeringsgeneeskundige mediprudentie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2007, publicatienr. 2007/14.

29 Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3 (MvT Wet WIA), p. 34.

30 Beleidsregeling beoordelingskader poortwachter, *Stcrt.* 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd.

de invulling van de re-integratieverplichtingen door de bedrijfsarts. Dit komt aan de orde in de paragrafen 5 en 6.

4 DE SPILFUNCTIE VAN DE BEDRIJFSARTS

De bedrijfsarts dient in veel gevallen advies te geven over de vraag wat in zijn ogen van partijen te vergen valt. Hij geeft daarmee, met andere woorden, een invulling aan de hiervoor omschreven vage normen in artikel 7:629 lid 3, 658a en 660a BW. Voor zover artsen prognoses geven over het verloop van een ziekte, kunnen zij dat neutraal en op grond van medisch relevante feiten doen. Voor zover bedrijfsartsen advies geven over de te verrichten herstelinspanningen, kan het advies echter normatieve elementen bevatten. Deze stelling verdient enige toelichting.

In het voorgaande is gebleken dat de re-integratie-inspanningen die van partijen te vergen zijn, onder andere afhangen van een afweging tussen de belangen en mogelijkheden van de werknemer en de werkgever en het publieke belang bij beperking van de instroom in de Wet WIA. Bij het maken van die afweging moet men idealiter over alle daarvoor benodigde gegevens beschikken. Een niet gering aandeel van die gegevens betreft gegevens over de werknemer, bijvoorbeeld wat zijn fysieke mogelijkheden zijn, wat er van hem te vergen valt mede gelet op zijn persoonlijke omstandigheden, welke gronden hij heeft om al dan niet mee te werken aan een bepaald voorstel, en, zoals eerder aangegeven, om welke redenen hij eventueel afwijkt van een gemiddelde hersteltermijn of gebruikelijk behandelingstraject. De bedrijfsarts verzamelt dergelijke gegevens, en de werknemer is in de ogen van de wetgever gehouden om die gegevens aan hem te verstrekken.³¹

Het persoonlijke karakter van sommige van deze gegevens creëert een bijzonder probleem, dat uiteindelijk relevant blijkt te zijn voor de invulling van artikel 7:629 lid 3, 658a en 660a BW *in de praktijk*. Het wordt namelijk als onwenselijk gezien dat de bedrijfsarts al deze informatie aan de werkgever doorgeeft, in verband met de medische privacy van de werknemer. Dat gegeven roept verschillende juridische vragen op.

De eerste vraag is die naar het bestaan van een beroepsgeheim van de bedrijfsarts. Er valt over te twisten of de bedrijfsarts gebonden is aan een medisch beroepsgeheim. In de literatuur wordt betoogd dat de geheimhoudingsverplichting geldt op grond van artikel 88 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).³² Niet iedereen is daar echter van overtuigd, omdat niet duidelijk is of het hier wel om individuele gezond-

31 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 22-23.

32 Zie bijvoorbeeld S. van de Velde en A.G.I. Terhorst, *De zieke werknemer en privacy*, Cbp 2008, tweede herziene druk, p. 38; I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer* (diss. Utrecht), 2009, p. 91.

heidszorg gaat.³³ Belangwekkend is onzes inziens met name dat de wetgever een wettelijke geheimhoudingsverplichting voor bedrijfsartsen niet nodig vindt.³⁴ Bij invoering van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) in 1995 is de analoge toepassing van het medisch beroepsgeheim ex artikel 7:457 BW voor de bedrijfsarts uitgesteld.³⁵ Een geheimhoudingsplicht zou in deze sector volgens de minister tot onduidelijkheid leiden, omdat eigenlijk zelden gezegd kan worden dat een werknemer vrijwillig instemming heeft gegeven voor informatieverstrekking aan zijn werkgever. Daarom leek het hem beter de geheimhoudingsplicht helemaal buiten toepassing te laten. In 2005 is deze uitsluiting voor medische aspecten van re-integratie door bedrijfsartsen, in artikel 14 lid 6 Arbowet definitief vastgelegd.³⁶

Niettegenstaande de aanwijzingen in de wet- en regelgeving dat de geheimhoudingsplicht voor bedrijfsartsen maar beperkt toepasselijk is, blijven onder andere bedrijfsartsen toch aannemen dat zij tot op zekere hoogte aan een beroepsgeheim gebonden zijn.³⁷ De tweede vraag is vervolgens, wat de omvang van dat beroepsgeheim is. Aangezien het de bedoeling is dat de werkgever, de werknemer en de bedrijfsarts intensief samenwerken aan de hervatting van de werknemer, is het niet goed denkbaar dat de werkgever helemaal geen informatie krijgt over de situatie van de zieke werknemer. Welke informatie mag hij dan wel hebben?

In de beroepscodes van bedrijfsartsen wordt de bedrijfsarts aanbevolen zich zéér terughoudend op te stellen waar het gaat om informatieverstrekking aan de werkgever. In het kader van de certificering van Arbodiensten wordt van hen gevergd een privacyreglement op te stellen, met inachtneming van richtlijnen van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) en het College bescherming persoonsgegevens (CBP).³⁸ Met name in de richtlijn van de KNMG is vrij precies uitgewerkt welke informatie verstrekt mag worden en welke niet. De bedrijfsarts mag volgens die richtlijnen geen informatie verschaffen over aard en oorzaak van de ziekte. Hij moet zich beperken tot het geven van advies aan de werkgever over neutralere zaken als de verwachte duur van het verzuim en de werkzaamheden waartoe hij nog in staat is, gebaseerd op zijn

33 G. Overkleeft-Verburg, noot bij CRvB 12 mei 2005, JB 2005/222. In 1999 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over het begrip individuele gezondheidszorg in die wet (HR 15 oktober 1999, NJ 2000/42). Volgens de Hoge Raad staan in de relatie tussen degene die een beroep uitoefent op het gebied van de individuele gezondheidszorg en de persoon door wie of voor wie zijn hulp wordt ingeroepen, de belangen van deze persoon centraal. Naar onze mening is dat zeer onzeker in het geval van bedrijfsartsen. De bedrijfsarts handelt immers in opdracht van de werkgever en dientengevolge mede in diens belang.

34 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 23.

35 Stb. 2000, 121, ltst. wijz. Stb. 2005, 174.

36 Ingevoerd in Stb. 2005, 273. Zie voor de toelichting Kamerstukken II 2004/05, 30 118, nr. 3 p. 83 en 140-141.

37 Vgl. P.A. Charbon en R.A. Heida, 'Wie bepaalt of de werknemer ziek is (als de werknemer dat zelf niet vindt)?', TRA 2009, 65.

38 Zie de Regeling Certificatie Arbodiensten p. 37 en 38, te vinden op www.arbobondgenoten.nl.

functionele beperkingen en mogelijkheden. Het CBP volgt in de praktijk dezelfde beperkte richtlijn voor informatieverstrekking aan de werkgever.³⁹

Maar als de bedrijfsarts nauwelijks informatie verstrekt aan de werkgever, brengt dat met zich mee dat hij het in eerste instantie niet aan de werkgever kan overlaten om de belangen en de mogelijkheden van de werknemer af te wegen tegen de belangen en mogelijkheden van de werkgever en de publieke belangen bij beperking van instroom in de WIA, zoals vereist bij de uitleg van artikel 7:629 lid 3, 658a en 660a BW. Bij die afweging zou de werkgever immers nu juist wel persoonlijke informatie over de werknemer moeten betrekken en die informatie heeft de werkgever niet. Daarom maakt de bedrijfsarts in de praktijk zelf die afweging, formuleert vervolgens een advies en geeft dat advies door aan partijen. De werkgever kan de afweging van de bedrijfsarts veelal niet controleren bij gebrek aan voldoende informatie,⁴⁰ maar wordt er wel op afgerekend in het kader van de loonsanctie.⁴¹

De bedrijfsarts moet kortom, in het geval hij zijn geheimhoudingsverplichting een rol laat spelen, zelf een afweging maken over de invulling van re-integratieverplichtingen. Die afweging kan normatieve aspecten hebben. Daarmee bedoelen wij, dat de keuze om informatie al of niet door te geven, juridische gevolgen kan hebben. Een voorbeeld daarvan is de situatie dat een werknemer ziek is wegens alcoholmisbruik. Dit is een ziekteoorzaak die veel werkgevers en ook sommige rechters graag voor rekening van de werknemer laten, in de veronderstelling dat hij zelf voor zijn ziekte gekozen heeft.⁴² Informeert de bedrijfsarts de werkgever hierover, bijvoorbeeld in het kader van de vraag, welke werkzaamheden de werknemer nog kunnen worden opgedragen? Zo ja, dan riskeert de werknemer ontslag(procedures) of op zijn minst inhouding van het loon. Zwijgt de bedrijfsarts, dan onthoudt hij de werkgever die mogelijkheden.

Wij geven in het navolgende nog twee nadere voorbeelden van situaties waarin dit een rol kan spelen. Alvorens dat te doen, laten wij zien hoe de bedrijfsartsen zelf tegen de normatieve dimensie van hun rol aankijken.

39 Zie het onderzoeksrapport op de website www.cbweb.nl, 'Arbodiensten en het medisch beroepsgeheim, Onderzoek door het College bescherming persoonsgegevens naar onrechtmatige verstrekking van medische gegevens over werknemers aan werkgevers door arbodiensten (bij) Tredin BV – Lelystad, Eindrapport', *Cbp* 2009, p. 29. Naar aanleiding van dit onderzoek is arbodienst Tredin een dwangsom opgelegd.

40 Tenzij er een procedure gestart wordt, dan prevaleert het recht op een eerlijk proces, vgl. W.L. Roozendaal, 'De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures', *SMA* 2008, p. 130.

41 CRvB 18 september 2009, LJN BK3704 en BK3713. Zie over de aansprakelijkheid voor fouten van de bedrijfsarts in het kader van de loonsanctie F.G. Laagland, 'Aansprakelijkheid van de bedrijfsarts bij verzuim-begeleiding', *TRA* 2009/64.

42 Vgl. o.a. mr. C.J. Frikkee en mevr. mr. M.E. Smorenburg, 'Drank, drugs en het werk', *SR* 2008, 25.

5 DE NORMATIEVE DIMENSIE VAN BEDRIJFSGENEESKUNDIGE ADVIEZEN

Bedrijfsartsen en verzekeringsgeneeskundigen zijn zich veelal bewust van het feit dat de invulling van re-integratieverplichtingen een normatieve afweging vergt, waarbij verschillende belangen kunnen worden meegewogen. Dat wordt meestal benoemd als het 'ethische' of 'morele' aspect van hun adviezen. Zo beschikt de NVAB over een commissie Beroepsuitoefening en Ethiek, die een 'Methode Moreel Beraad' heeft gepubliceerd, volgens welke de bedrijfsarts zich onder andere moet afvragen welke belangen van de werknemer en de werkgever bij een zich voordoend moreel dilemma betrokken zijn.⁴³ Ook bij de voornemens te komen tot zogeheten 'mediprudentie' realiseert men zich dat het bij re-integratie niet alleen gaat om *evidence based practices*, maar tevens om de zogeheten 'sociaal normatieve' aspecten van de verzuimbegeleiding.⁴⁴ Uit deze bronnen blijkt niet heel duidelijk dat artsen zich ervan bewust zijn dat wat zij 'ethisch', 'moreel' of 'sociaal normatief' noemen, door juristen als de invulling van juridische rechten en plichten kan worden aangeduid. Soms wordt in publicaties van bedrijfsartsen niettemin niet alleen gerefereerd aan de 'ethische' dimensie van hun adviezen, maar wordt daarbij ook aangeknoopt bij de juridisch relevante rechten en plichten van de werknemer en de werkgever.⁴⁵

Hoewel het morele of ethische aspect van het beroep van bedrijfsarts dus wel degelijk onder ogen wordt gezien, bestaat er ook (vanuit de beroepsgroep gezien begrijpelijke) weerstand tegen deze normatieve dimensie in de taak van de bedrijfsarts. Dat blijkt uit diverse publicaties waarin zij hun taak als bedrijfsarts omschrijven. Bedrijfsartsen zien zichzelf als onderdeel van de eerstelijnszorg in de curatieve sector.⁴⁶ De richtlijnen van de bedrijfsartsen zijn gelet daarop met name gericht op herstel naar de arbeid.⁴⁷ Zij houden zich dan ook het liefst verre van het geven van normatieve oordelen over de rechten en plichten van partijen, ook wel aangeduid als 'claimbeoordeling'.⁴⁸ De controlerende en disciplinerende taak inzake de re-integratie van de zieke werknemer ligt volgens de NVAB bij de werkgever. De bedrijfsarts dient zich te beperken tot zo neutraal mogelijke medische adviezen.⁴⁹ Overigens definiëren niet alle bedrijfsartsen hun taak op deze 'neutrale' wijze.

43 Vgl. <http://nvab.artsennet.nl/Beleid/Standpunten.htm>.

44 Vgl. Rapport Voorbereidingscommissie Mediprudentie, *Mediprudentie in de startblokken*, Stichting VGI; Gezondheidsraad, *Verzekeringsgeneeskundige mediprudentie*, Den Haag: Gezondheidsraad 2007, publicatienr. 2007/14.

45 Bijvoorbeeld M.J. Kelder, 'Herstelgedrag: juridisch en ethische aspecten', in: I.F.D. van den Bold & M.J. Kelder, *Herstelgedrag*, Houten: Bohn, Stafleu van Loghum 2007, p. 114.

46 Zie het standpunt 'De bedrijfsarts: dokter en adviseur', aangenomen door de ALV van de NVAB op 4 april 2007, <http://nvab.artsennet.nl/Beleid/Standpunten.htm>.

47 Gezondheidsraad, *Beoordelen, behandelen, begeleiden*, Den Haag 2005, p. 39-40.

48 Standpunt 'Claimbeoordeling', aangenomen op de Algemene Ledenvergadering van de NVAB op 6 april 2005, <http://nvab.artsennet.nl/Beleid/Standpunten.htm>: 'Claimbeoordeling is geen taak van bedrijfsartsen'.

49 Zie ook R.A. Heida, 'Adviezen van de bedrijfsarts, hoe komen ze tot stand en wat zijn ze waard?', *Arbeid Integraal* 2000, p. 56-57.

Zo is binnen de beroepsorganisatie enige tijd geleden onenigheid ontstaan over de vraag of de werknemer centraal moet staan, of dat ook het werkgeversbelang openlijk behartigd moet worden. Een meerderheid bleek voor het centraal stellen van het belang bij herstel van de werknemer, maar een niet gering aantal artsen meende dat het behartigen van het werkgeversbelang ook benoemd moest worden.⁵⁰

Het uitgangspunt van de bedrijfsarts van gerichtheid op herstel kan in voorkomende gevallen een spanning opleveren met de toepasselijke juridische normen, waarin niet alleen herstelbelangen, maar ook werkgeversbelangen en publieke belangen een rol spelen. Hiervoor bleek al een discrepantie tussen de opvatting van de wetgever over het medisch beroepsgeheim en de opvatting daarover van de bedrijfsartsen zelf. Hierna geven wij twee nadere voorbeelden van de problemen die zich kunnen voordoen bij de normatieve invulling van re-integratieverplichtingen door bedrijfsartsen.

6 DILEMMA'S IN DE PRAKTIJK

De bedrijfsarts wil zich zoals vermeld idealiter beperken tot het geven van zo neutraal mogelijke medische adviezen, zodat hij het aan de werkgever kan overlaten om te oordelen over de loonaanspraak van de werknemer. In de praktijk blijkt die neutraliteit niet altijd haalbaar. Daarop wijst bijvoorbeeld het dilemma over de vraag hoe een bedrijfsarts dient om te gaan met een werknemer die weigert een operatie te ondergaan. Stel, de bedrijfsarts constateert dat een werknemer baat zou hebben bij een bepaalde behandeling, maar de werknemer weigert zijn advies te volgen. Wanneer de bedrijfsarts in een dergelijk geval aan de werkgever mededeelt dat de zieke werknemer niet meewerkt aan zijn herstel, kan de werkgever op grond van artikel 7:629 lid 3 sub b BW de loondoorbetaling aan de werknemer stopzetten, aangezien door het toedoen van de werknemer de genezing wordt belemmerd of vertraagd. Zegt de bedrijfsarts niets over de geadviseerde behandeling noch over de weigering van de werknemer, dan zal de werkgever dit gegeven zelden zelf kunnen achterhalen. Dit dilemma heeft al vaker tot publicaties van (en voor) bedrijfsartsen geleid.⁵¹

Hoe trachten bedrijfsartsen dit dilemma op te lossen? Ten behoeve van bedrijfsartsen zijn normen ontwikkeld in een werkgroep 'WGBO en bedrijfsarts', die mede gebaseerd zijn op juridische bronnen.⁵² Wanneer een werknemer een behandeling weigert, kan

50 Vgl. A.F. Algra, 'Terug in de moederschoot. De bedrijfsarts wordt weer een dokter als alle andere dokters', *Medisch Contact* 12 oktober 2007, p. 1679 e.v.

51 Zie: M.J. Kelder, A.N.H. Weel & A.P. Nauta, 'Dilemma voor de bedrijfsarts: Mag de goede behandeling zonodig worden afgedwongen?', *TBV* 2002, p. 371-374, R.A. Heida, 'Dilemma voor de bedrijfsarts: meldt de bedrijfsarts weigeren van een operatie als belemmering van de genezing aan de werkgever?', *TBV* 2006, p. 318-320.

52 WGBO en bedrijfsarts 2000, aangehaald door M.J. Kelder, A.N.H. Weel & A.P. Nauta, 'Dilemma voor de bedrijfsarts: Mag de goede behandeling zonodig worden afgedwongen?', *TBV* 2002, p. 371-374, R.A. Heida, 'Dilemma voor de bedrijfsarts: meldt de bedrijfsarts weigeren van een operatie als belemmering van de

daarvan volgens deze werkgroep aantekening worden gemaakt in het dossier, mits de werknemer goed geïnformeerd is, de behandeling een redelijke kans op succes heeft, de behandeling niet onevenredig zwaar is en ook overigens voldoet aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁵³ Eén en ander kan in overleg met de werknemer nog voor een second opinion worden voorgelegd aan de medisch directeur, een senior bedrijfsarts of een andere bedrijfsarts.⁵⁴ Daarna kan de bedrijfsarts advies uitbrengen aan de opdrachtgever en kan de bedrijfsarts volgens de werkgroep melden dat de werknemer onvoldoende meewerkt aan zijn herstel. Het is vervolgens aan de werkgever om te oordelen over de loondoorbetaling.⁵⁵

In een beschouwing over het dilemma realiseert bedrijfsarts Heida zich wel dat de bedrijfsarts als sociaalgeneeskundige uit hoofde van zijn vak oog moet hebben voor de belangen van de werkgever en voor de maatschappelijke en juridische context van zijn adviezen.⁵⁶ Toch probeert hij binnen die context een zo neutraal mogelijke rol te vinden voor de bedrijfsarts. Hij beveelt daarom de bedrijfsarts aan om de informatie over het herstelgedrag zo medisch mogelijk te formuleren. Hij verdedigt dat het beter is wanneer 'de bedrijfsarts de formulering dat niet wordt meegewerkt aan herstel vermijdt. Informatie aan werkgever en werknemer kan dan worden beperkt tot het aangeven dat er voor het medische probleem een behandeling mogelijk is. Dit is een feitelijke uitspraak zonder waardeoordeel'.⁵⁷

Bij deze handelwijze blijft volgens Heida het normatieve oordeel over het weigeren van de operatie voorbehouden aan de jurist. Een dergelijk advies zal in onze ogen echter vervolgvragen oproepen van de werkgever. Met slechts de mededeling dat voor een bepaalde aandoening een operatie mogelijk is, kan de werkgever immers niet verder. Om te kunnen oordelen over sanctietoepassingen heeft hij aanvullende informatie nodig. De bedrijfsarts moet dan alsnog afwegen of de werkgever in zijn ogen recht heeft op die informatie.

Een tweede voorbeeld van de normatieve dimensie van bedrijfsgeneeskundige adviezen betreft de advisering over zieke werknemers met een arbeidsconflict, ook wel aangeduid als 'situatieve arbeidsongeschiktheid'. De bedrijfsarts zal moeten beoordelen of deze

genezing aan de werkgever?', *TBV* 2006, p. 319 en M.J. Kelder, 'Herstelgedrag: juridisch en ethische aspecten', in: I.F.D. van den Bold & M.J. Kelder, *Herstelgedrag*, Houten: Bohn, Stafleu van Loghum 2007, p. 106.

53 WGBO en bedrijfsarts 2000, p. 19. De criteria zijn deels gebaseerd op HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456 en A.F. Rommelse, 'Kan de werknemer worden verplicht een medische behandeling te ondergaan?', *SMA* 1997, p. 27-53. Zie voor criteria voor de beantwoording van deze vraag ook: Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 73-74, Kamerstukken I 1995/96, 24 439, nr. 134b, p. 36, B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, Rotterdam: Gouda Quint: 1999, p. 99-101.

54 WGBO en Bedrijfsarts 2000, p. 20.

55 WGBO en Bedrijfsarts 2000, p. 20 en M.J. Kelder, 'Herstelgedrag: juridisch en ethische aspecten', in: I.F.D. van den Bold & M.J. Kelder, *Herstelgedrag*, Houten: Bohn, Stafleu van Loghum 2007, p. 114.

56 R.A. Heida, 'Dilemma voor de bedrijfsarts: meldt de bedrijfsarts weigeren van een operatie als belemmering van de genezing aan de werkgever?', *TBV* 2006, p. 320.

57 Heida 2006, p. 320.

werknemers ziek zijn in de zin van artikel 7:629 lid 1 BW. Sinds 2001 kan daarvoor de richtlijn 'STECR-werkwijzer arbeidsconflicten' worden gehanteerd. In de literatuur werdesignaleerd, dat de voorlaatste (4^e) versie van deze richtlijn bedrijfsartsen adviseerde om bij fysieke problemen als gevolg van een conflict, de werknemer na een korte bezinningsperiode hersteld te melden.⁵⁸ De ratio van deze beslissing was blijkens de richtlijn zelf, om het conflict zo veel mogelijk te 'demedicaliseren', aangezien dat het herstel zou bespoedigen. Daarmee ontzegde de richtlijn echter de facto de werknemer het recht op loon op grond van artikel 7:629 BW. Juridisch gezien is dit niet terecht, omdat de oorzaak van de ziekte volgens de relevante normen geen rol speelt bij de vraag of er sprake is van ongeschiktheid om de bedongen arbeid te verrichten.⁵⁹ Inmiddels is de 5^e STECR-richtlijn overigens aan dit inzicht aangepast.⁶⁰

In het eerste voorbeeld bleken bedrijfsartsen terughoudend in het geven van normatieve oordelen aan de werkgever over het gedrag van de werknemer, tenzij dat oordeel in hun ogen noodzakelijk was, ook in het belang van de werknemer zelf. In het tweede voorbeeld achtten bedrijfsartsen het juist wel goed mogelijk om normatieve beslissingen te nemen, aangezien dit volgens hen juist goed was voor de 'demedicalisering' van een probleem. In beide gevallen leverde hun gerichtheid op het herstel van de werknemer echter een spanning op met de relevante juridische normen.

7 NEUTRALITEIT OF PROCEDURELE RECHTVAARDIGHEID?

De bedrijfsarts neemt al met al een lastige positie in. Hij wordt ingeschakeld door de werkgever en moet daarom mede diens belangen behartigen. Als arts hecht hij tegelijkertijd waarde aan zijn positie als vertrouwenspersoon van de werknemer. Hij moet bij zijn advies over het te volgen re-integratietraject een afweging maken, die gedeeltelijk normatief kan zijn. Hij zal daarbij vermoedelijk trachten een redelijke middenkoers te varen tussen geheimhoudingsbelangen van de werknemer en bedrijfsbelangen van de werkgever. Hier kan hij overigens ook tuchtrechtelijk op worden afgerekend.⁶¹ De door bedrijfsartsen gekozen strategie om om te gaan met deze problematiek, is veelal het streven naar 'neutra-

58 W.H.A.C.M. Bouwens & E.W. de Groot, 'Niet-werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', *TRA* 2009, 2.

59 Bouwens & De Groot 2009, paragraaf 6. Voor de uitleg van art. 7:629 BW is de uitleg van de CRvB maatgevend, die ziekte definieert als 'een verstoring van het evenwicht in het lichaam, waarbij het lichaam streeft naar herstel op het oude of een lager niveau', CRvB 14 mei 1936, *AB* 1936, p. 443.

60 E.W. de Groot, 'De STECR-werkwijzer arbeidsconflicten herzien', *TAP* 2010/4, p. 140.

61 Dat wil ook de tuchtrechter. Zie bijvoorbeeld CTG 22 januari 2002, *TvG* 2002, p. 23; vgl. H. Uhlenbroek, 'Het beroepsgeheim van de bedrijfsarts', *ArbeidsRecht* nr. 2, 2003, p. 3-11. Zie ook art. 5 van de Beroepscode voor bedrijfsartsen (te vinden op www.nvab.artsenet.nl): de geheimhoudingsverplichting wordt doorbroken o.a. als de wet anders voorschrijft of er een door wetgever en/of beroepsgroep als misstand beschouwde situatie bestaat.

liteit' door zich te richten op het herstel van de werknemer. Bij twijfel over de manier waarop dat het beste kan gebeuren, wordt gezocht naar meer objectiviteit ten aanzien van de gemaakte keuze door het gebruiken van 'mediprudentie' of door het oordeel van een senior arts te vragen.

In onze ogen zal het echter regelmatig niet mogelijk zijn om bij de door de bedrijfsarts gewenste 'neutraliteit' te blijven. De gegeven voorbeelden illustreren volgens ons dat de bedrijfsarts zich niet altijd kan onthouden van een normatief, dat wil zeggen juridisch relevant, oordeel. Zijn beslissing om te spreken of te zwijgen kan cruciaal zijn voor de mogelijkheid tot het handhaven of juist laten vervallen van de loonaanspraak van de werknemer of tot het al dan niet ontslaan van de werknemer. Het is wat ons betreft zaak, dat bedrijfsartsen zich hier niet aan proberen te onttrekken. Zij zouden zich juist moeten realiseren dat hun beroep noodzakelijkerwijs meebrengt dat zij – voor betwisting vatbare – afwegingen tussen de belangen van de werkgever, de werknemer en het publieke belang moeten maken. Als zij zich hier begrijpelijkerwijs niet voor opgeleid achten, is het wellicht wenselijk dat arbodiensten gaan beschikken over een juridisch adviseur.

Ook deze juridische adviseur zal normen in acht moeten gaan nemen bij het oplossen van de geschetste dilemma's. Zoals in het begin van dit artikel is uiteengezet, zijn die juridische normen nu juist weinig concreet, als was het alleen maar omdat de civielrechtelijke maatstaven niet samenvallen met de publiekrechtelijke maatstaven. Ook een juridisch advies zal dus geen garantie bieden dat de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer op 'juiste' wijze zullen zijn afgewogen in het re-integratieadvies dat de bedrijfsarts uiteindelijk geeft. Bij gebrek aan duidelijke criteria voor 'inhoudelijke' rechtvaardigheid, kan daarom een toevlucht worden gezocht in 'procedurele' rechtvaardigheid.⁶² Voor de hand liggende normen van procedurele rechtvaardigheid zijn het beginsel van hoor en wederhoor en de motiveringsplicht van degene die de beslissing neemt.

In het geval van de invulling van re-integratieverplichtingen is nu juist het probleem dat het beginsel van hoor en wederhoor kan botsen met het recht op privacy van de werknemer.⁶³ Er moet daarom gezocht worden naar een manier om recht te doen aan procedurele beginselen, zonder de vertrouwelijkheid van de gegevens van de werknemer onnodig prijs te geven. Deze bijdrage is niet de plaats om uitvoerig in te gaan op de wijze waarop een dergelijke procedure kan worden ingericht. Inspiratie kan in ieder geval geput

62 Een 'klassieker' op het gebied van procedurele rechtvaardigheid is de benadering van Habermas, zie F.C.L.M. Jacobs & C.W. Maris, *Rechtsvinding en de grondslagen van het recht*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2003, p. 31. Vgl. voor een praktische toepassing van de vraag of procedurele rechtvaardigheid een alternatief kan zijn voor 'distributieve' rechtvaardigheid in en buiten de rechtszaal: L. Klaming & B. Bethlehem, 'Procedurele rechtvaardigheid: Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht?', *TVP* 2007/04.

63 Zie daarover o.a. W.L. Roozendaal, 'Balanceren tussen medische privacy en het recht op een eerlijk proces', *Arbeid Integraal* 2007-03, p. 63-76 en W.L. Roozendaal, 'De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures', *SMA* 2008, p. 130 e.v.

worden uit de wijze waarop in het bestuursrecht, in het bijzonder in artikel 8:32 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de medische beschikkingenregeling in de WAO en de Wet WIA, wordt omgegaan met vertrouwelijke gegevens in procedures waarbij zowel een werknemer als zijn werkgever betrokken is. Het UWV neemt in bepaalde opzichten een positie in die vergelijkbaar is met de positie van de bedrijfsarts. Beiden vervullen immers de rol van 'deskundige beslisser' in de driehoeksrelatie met de werkgever en de werknemer. Volgens artikel 8:32 Awb krijgt in een procedure alleen een gemachtigde van de werkgever inzage in de vertrouwelijke gegevens van de werknemer, maar hebben zowel de gemachtigde als de werknemer de gelegenheid een beschikking van het UWV, die bijvoorbeeld kan zien op de re-integratieverplichtingen van partijen, aan te vechten. Bezien zou kunnen worden, in hoeverre arbodiensten gebruik kunnen maken van een dergelijke procedure.

8 TOT SLOT

In deze bijdrage stond de vraag centraal welke problemen zich voordoen bij de interpretatie van open normen bij re-integratie. Een eerste voor de hand liggende conclusie is dat de invulling van die vage normen in de praktijk verre van eenvoudig is. De introductie van deze 'zorgplichten' heeft dus op het eerste gezicht veel rechtsonzekerheid opgeleverd. Een tweede conclusie is dat aan dit probleem vanuit diverse disciplines wordt gewerkt. De nadere concretisering van re-integratieverplichtingen van artikel 7:629 lid 3, 658a en 660a BW is hier en daar te vinden in rechtspraak, maar eigenlijk vooral in beleidsregels van het UWV en in richtlijnen en protocollen van verzekeringsartsen en bedrijfsartsen. Zodoende worden uit verschillende invalshoeken gezichtspunten gegeven voor de afweging van onder andere de belangen van de werknemer, de werkgever en maatschappelijke belangen bij de invulling van de wederzijdse zorgplichten. Omdat de bedrijfsarts een spilfunctie heeft bij de informatiestroom tussen de werkgever en zijn zieke werknemer, is zijn interpretatie van de zorgplichten vermoedelijk in veel gevallen doorslaggevend voor de concrete invulling van de re-integratierechten en -verplichtingen van werkgevers en werknemers. De problematische vaagheid van zorgplichten wordt dus in dit geval in de praktijk opgelost door de concretisering over te laten aan een professional.

De rol van een professional, in dit geval de bedrijfsarts, vermindert wellicht het probleem van rechtsonzekerheid bij de invulling van zorgplichten in de praktijk. Of het daarmee een gelukkige oplossing is, is echter maar de vraag. Bedrijfsartsen zijn opgeleid om te werken aan herstel van productiviteit van zieke mensen en niet om normatieve afwegingen te maken tussen de belangen van werkgevers, werknemers en het publieke belang van beperking van de instroom in de Wet WIA. Bij een behoorlijke besluitvormingsprocedure denken bedrijfsartsen bovendien vooral aan zorgvuldig en deskundig onderzoek naar de

feiten en het bevorderen van herstel, en veel minder aan de toepassing van de juiste juridische normen, laat staan aan normen als het waarborgen van een eerlijk proces.

Juist in het geval van zorgplichten ontbreken 'harde' normen waar bedrijfsartsen op af zouden kunnen gaan. Juist in dat geval zijn procedurele normen in onze ogen van bijzonder gewicht als het gaat om het waarborgen van de zorgvuldigheid van normatieve afwegingen. Het verdient in onze ogen daarom aanbeveling dat wordt nagedacht over het waarborgen van de normen van een eerlijk proces bij de besluitvorming door bedrijfsartsen.